

# TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

FUNDED BY THE EUROPEAN RESEARCH COUNCIL

Publikation im Rahmen des ERC Projektes

**TRANSNATIONAL FORCE OF LAW**

unter der Leitung von Andreas Fischer-Lescano

Weitere Informationen zum Projekt finden Sie  
unter: [www.tfl.uni-bremen.de](http://www.tfl.uni-bremen.de)

This project has received funding from  
the European Research Council (ERC)  
under the European Union's Horizon  
2020 research and innovation  
programme (ERC-2014-CoG, No.  
647313-Tansnational Force of Law,  
Andreas Fischer-Lescano)



**European Research Council**

Established by the European Commission

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW (gefördert durch den European Research Council)  
Universität Bremen — Zentrum für Europäische Rechtspolitik  
Büro: Mar Escudero Morón • Telefon +49(0)421 218-66 201 • Fax +49(0)421 218-66 230  
Universitätsallee GW1 • 28359 Bremen

[www.tfl.uni-bremen.de](http://www.tfl.uni-bremen.de)

---

## L'approche socio-légale de la protection des lanceurs d'alerte : pistes de réflexion pour un enrichissement sociologique de l'analyse juridique

Cannelle Lavite

---



**Éditeur**

Centre de recherches et d'études sur les  
droits fondamentaux

**Édition électronique**

URL : <http://revdh.revues.org/2648>

ISSN : 2264-119X

**Référence électronique**

Cannelle Lavite, « L'approche socio-légale de la protection des lanceurs d'alerte : pistes de réflexion pour un enrichissement sociologique de l'analyse juridique », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 17 novembre 2016, consulté le 16 janvier 2017. URL : <http://revdh.revues.org/2648> ; DOI : 10.4000/revdh.2648

---

Ce document a été généré automatiquement le 16 janvier 2017.

Tous droits réservés

---

# L'approche socio-légale de la protection des lanceurs d'alerte : pistes de réflexion pour un enrichissement sociologique de l'analyse juridique

Cannelle Lavite

---

« Il n'est pas trop de dire que (le droit) fait le monde social, mais à condition de ne pas oublier qu'il est fait par lui. » Pierre Bourdieu<sup>1</sup>

- 1 Depuis l'apparition d'une approche socio-légale sous la plume des sociologues Max Weber<sup>2</sup> et Emile Durkheim, les réflexions sur les contours de la relation entre droit et sphère sociale ont connu un enrichissement continu. S'il est aujourd'hui aisé d'affirmer qu'une discipline socio-légale dissociable des théories juridiques classiques existe, les réponses aux principales questions posées par la théorie socio-légale restent fluctuantes, parfois incomplètes, et surtout évolutives. Pour autant, cette apparente inconstance révèle, en réalité, le potentiel d'une discipline interdisciplinaire, profondément liée à une analyse empirique de la norme juridique et attentive à la contextualisation de cette dernière. En effet, c'est désormais sous le regard de philosophes du droit, de juristes, de sociologues, d'historiens ou anthropologues du droit que les réflexions sont menées. Cette interdisciplinarité a permis le développement d'une littérature dynamique, rythmée par des problématiques politiques et sociales spécifiques. Ainsi, nombre de juristes ont développé des critiques basées sur la théorie socio-juridique appliquées à des domaines différents : parmi beaucoup d'autres, Joël Handler dans sa lutte pour les droits civiques aux États-Unis<sup>3</sup>, Diane Otto dans le cadre des droits de l'Homme et des théories postcoloniales<sup>4</sup>, Balakrishnan Rajagopal quant aux mouvements de résistance des pays du Tiers-Monde<sup>5</sup>.

- 2 L'interrogation majeure portée par l'ensemble du courant doctrinal a trait aux modalités de la coexistence, voire du « coagissement »<sup>6</sup> du droit et de la société, dans un contexte caractérisé par une remise en question à la fois de l'aptitude et de la légitimité des structures étatiques à produire et effectivement appliquer la norme juridique. A ce questionnement, peuvent être grossièrement identifiées deux réponses, dont l'on se servira comme point de départ pour une réflexion plus développée sur l'application de principes sociojuridiques à un phénomène social révélateur de la « juridification des sphères sociales » telle que décrite par Gunther Teubner<sup>7</sup> de la protection des lanceurs d'alerte.
- 3 Cependant, en pratique, l'on observera que l'approche adoptée par les mécanismes juridiques traditionnels ignore cette transition, appliquant une interprétation juridico-centrée du droit ignorant l'influence de mouvements de résistance et sphères sociales.
- 4 La sociologie du droit a déplacé le centre de gravité de l'étude du droit des normes purement juridiques – au sens positiviste du terme – au droit « mouvant », informel. Ce dernier est, selon les auteurs, et particulièrement l'un des pionniers en matière de sociologie du droit, Eugen Ehrlich, constitué de normes juridiques mais également de normes sociales, issues de mouvements sociaux, d'associations, de comportement humains<sup>8</sup>.
- 5 L'analyse ainsi faite de la norme juridique suggère aux juristes de nouvelles méthodes de recherche sur les sources, la définition et l'application du droit. Si la sociologie du droit considère que la norme informelle est contemporaine à la norme juridique dont elle constitue le terreau social<sup>9</sup>, cette affirmation nous paraît devoir être modulé selon la configuration de chaque société et thème abordé.
- 6 Au regard de la formation polymorphe du système juridique protégeant les lanceurs d'alerte et de l'intrinsèquement très étroit de cette notion avec les sphères privées, politiques et économiques, le présent article évoquera, dans un premier temps, les théories sociologiques et juridiques pertinentes pour l'étude des lanceurs d'alerte, et proposera, dans un second temps, de développer quelques pistes de réflexion sur la pertinence d'une approche socio-légale pour l'amélioration de leur protection.

## I- L'alerte éthique à travers le double spectre des théories juridiques et sociologiques

### A- Le pluralisme juridique et l'alerte éthique

- 7 La littérature<sup>10</sup> actuelle sur les lanceurs d'alerte couplée aux expériences nationales fait état d'un système juridique caractérisé par une fragmentation normative et des collisions entre différentes sources de droit. Ces faiblesses de la sphère juridique concernant les lanceurs d'alerte ont pour conséquence l'ineffectivité des protections pourtant être garanties par les textes et les représailles – souvent considérables – subies par ces derniers. Ce constat permet de faire état d'un besoin aux enjeux à la fois théoriques et pratiques : l'identification des forces extralégales venant suppléer ou au contraire, interférer avec la loi ainsi mise « en mouvement ». Edward Snowden a notamment révélé l'importance d'un système juridique transnational, la *lex digitalis*, pour contrer les dérives d'un système juridique formel qui, s'il fonctionnait selon la conception positiviste du

droit, comporterait selon nous un risque majeur pour l'un de nos droits fondamentaux : le droit à la vie privée.

- 8 Le pluralisme juridique « existe dès lors que des acteurs sociaux identifient une ou plusieurs sources de droit au sein d'une même sphère sociale »<sup>11</sup>. Selon ses auteurs, le pluralisme juridique emporte la coexistence de plusieurs ordres juridiques, chacun composé de différentes sources dont le droit transnational, la *lex digitalis* et *mercatoria*, ainsi que des sources institutionnelles de droit « mou » font partie. Prenant place aux côtés du droit positif, ces strates normatives coexistent, voire « co-agissent » dans un même système global<sup>12</sup>. La littérature sur le pluralisme juridique insiste sur le fait que « cette variété dans le droit doit faire l'objet d'une identification des sources historiques, cultures, religieuses ou statutaires ainsi que des causes économiques, politiques et sociales correspondantes »<sup>13</sup>.
- 9 À ce jour, le rôle régulateur de multiples organisations de la société civile et d'organisations inter-gouvernementales marque le sceau d'une nouvelle forme de fragmentation du droit : d'une fragmentation territoriale, le droit est passé à une fragmentation sectorielle aboutissant à un ensemble de normes aux sources et formes variées. C'est ce que Georg Teubner décrit comme « les fragments autonomes de société » constitués par les sciences, la technologie, l'économie, et dont la régulation ne se satisfait plus des autorités étatiques. Au-delà de cette fragmentation, l'une des caractéristiques du pluralisme juridique est de concevoir le droit comme « vivant », fait de normes non-contraignantes dont le rôle est désormais nécessaire en droit international<sup>14</sup>. En effet, la relation entre pouvoirs, État et lois fait l'objet de différents travaux de théorisation dont font partie les écrits d'Hammer, qui identifie la sphère internationale comme une « sphère politique fragmentée » dans laquelle l'État représente un acteur parmi d'autres<sup>15</sup>.
- 10 Cette inter-légalité ne se traduit pas simplement par la collision de sources de droit de source privée avec d'autres normes juridiques « classiques » de provenance étatique. Elle se trouve, en outre représentée par une confusion dans le « legal in between worlds »<sup>16</sup> (Amstutz, 2005) de la société globale qui doit donc fonctionner au gré de décisions contradictoires, de principes à concilier, de règles en tension avec des composants interférant dans un même système. Si la théorie du pluralisme juridique nous permet de rationaliser ce qui caractérise aujourd'hui la foultitude de forces sociales qui semble s'immiscer dans la sphère juridique au moyen d'une théorie convaincante, une approche sociologique complémentaire nous paraît nécessaire. En effet, sans un enrichissement des théories du pluralisme juridique d'une analyse sociologique de la multiplicité d'acteurs et dynamiques, l'on condamne la société à continuer dans cette confusion de normes, à la recherche permanente d'une « règle ultime de reconnaissance »<sup>17</sup>.

## B- L'alerte éthique et le pragmatisme sociologique

### 1- Le pragmatisme sociologique et la recherche de la vérité de l'alerte

- 11 Le pragmatisme, nous explique Coleman<sup>18</sup>, cherche à capter la vérité d'un phénomène, la vérité telle que nous la percevons. Mais, contrairement aux approches dogmatiques voyant dans la vérité une réalité qui « règne », unique, s'imposant à nous de son propre fait, James en voit une pluralité d'éléments. Cette pluralité perçue dans l'approche dogmatique rappelle celle que nous exposent les auteurs du pluralisme juridique. Le

pragmatisme sociologique propose de considérer le sujet analysé de manière plurale, sans pré-classement dans des cases et classes sociales variées, mais rendant compte des coexistences entre plusieurs ordres, dans le but de dégager *in fine* une cohérence dans le système tout entier. Cette approche correspond dans cet aspect au pluralisme juridique, qui perçoit le système normatif comme un ensemble constitué de transformations et de formes de droit multiples.

- 12 Durkheim expose, dans son cours de « Sociologie et Pragmatisme », une synthèse de cette approche : « Plus une société évolue, plus ces lignes de sympathie s'organisent et se multiplient. Dans toute société, il y a ainsi des systèmes qui relient les individus les uns aux autres : systèmes religieux, groupes professionnels, etc., et ces liens font que des forces morales se communiquent à tous les membres du groupe. Parfois, comme dans les rapports économiques, cette communication est plus capricieuse<sup>19</sup>.
- 13 Chateauraynaud quant à lui, illustre cette vision précisément dans le cadre des lanceurs d'alerte : « Pour naturelle que soit cette fonction d'alerte, elle se heurte, comme la plupart des actes orientés vers un public ou une institution, aux rapports de forces et de légitimités qui caractérisent, à une époque donnée, une formation sociale. La place des alertes et de ceux qui les lancent dépend ainsi de la configuration politique et des ressorts cognitifs communément disponibles, ainsi que des tensions ou des conflits qui les traversent »<sup>20</sup>.
- 14 Considérant donc l'appartenance du phénomène de l'alerte éthique à une « formation sociale » composée de multiples forces et légitimités, l'on conviendra que de nombreux facteurs sociaux sont susceptibles d'influencer le sort des lanceurs d'alerte, la perception sociale de ces derniers étant un facteur majeur. Si la valeur d'un même acte a changé, c'est que la pensée spéculative a évolué ; et, si la pensée spéculative a évolué, pourquoi le contenu de la vérité ne changerait-il pas lui aussi ? Dans son cours « Sociologie et Pragmatique », E. Durkheim expose les dynamiques entre vérité et perception. Ce constat, appliqué à notre réflexion sur une approche socio-légale des lanceurs d'alerte, nous permet de comparer la façon dont nous percevons à ce jour la norme sociale et l'alerte en elle-même. La valeur sociale des alertes éthiques est en fait déterminée – en partie – par la valeur que nous accordons à l'exercice par un « citoyen comme les autres » d'une fonction traditionnellement dévolue aux autorités publiques. En outre, cette perception, poursuit Durkheim, est également le fruit de représentations collectives « faites de tous les états mentaux d'un peuple, d'un groupe social qui pense en commun »<sup>21</sup>.
- 15 La perception puis, dans un second temps, l'évaluation par le public d'un tel acte va ainsi conditionner en grande partie le soutien apporté à ces derniers<sup>22</sup>. En effet, l'alerte éthique impliquant la trahison, la prise de parole et une prise de parti pour une cause particulière, elle représente une construction sociologique nécessairement soumise à l'évaluation de tiers qui ne saurait être « analysée indépendamment de la dynamique relationnelle et des rapports de force existants entre l'ensemble des protagonistes »<sup>23</sup>.
- 16 L'alerte éthique fait appel à de nombreuses notions sociologiques et, dans le même temps, rapporte à la sociologie les bénéfices sociaux<sup>24</sup> engendrés par révélation dans un contexte où ces dernières n'auraient, sans la violation d'un droit ou d'une obligation légale, pu voir le jour. Ces bénéfices sociaux sont propres aux domaines dans lesquels la révélation a lieu : pour Miethe, l'alerte devient une pratique essentielle pour exposer les fautes et les dysfonctionnements professionnels dans un contexte où les pratiques organisationnelles deviennent plus complexes, plus spécialisées et moins visibles<sup>25</sup>. Chateauraynaud et Torny

présentent, quant à eux, l'alerte éthique comme un moyen privilégié de révéler des controverses scientifiques et d'ainsi développer des éléments d'analyse dans le cadre de la sociologie juridique.

## 2- L'apport du pragmatisme sociologique à une conception binaire des lanceurs d'alerte

- 17 L'approche pragmatique nous permet d'infléchir la vision positiviste selon laquelle droit et société ne se rencontrent que par nécessité politique, mais jamais par envie. Au centre des débats sur la protection des lanceurs d'alerte se trouve la définition du lanceur d'alerte. Qu'elle soit juridique ou sociale, l'on constate une grande variabilité entre les termes utilisés et la largeur de la définition quant aux personnes considérées comme lanceur d'alerte, aux actes révélés protégés, au moyen par lequel la révélation a été faite. Cette indétermination n'est, en soi, pas inquiétante juridiquement, dès lors que l'on accepte la difficulté du droit à traduire les fluctuations sociales d'un phénomène encore en pleine construction.
- 18 En revanche, l'attention devrait se porter sur l'approche purement binaire apportée à l'analyse des lanceurs d'alerte. En effet, le lanceur d'alerte est aujourd'hui grandement perçu et analysé en fonction du rapport suivant : la règle de droit violée face aux droits qu'il protège, le rapport bénéfice/violation. Le lanceur d'alerte inscrit donc sa prise de parole dans le cadre suivant : non, ceci n'est pas une dénonciation calomnieuse ou une forme de délation ; oui, je prends la parole pour de bonnes raisons. Considérer la problématique des lanceurs d'alerte comme la collision entre des droits opposés revient à traiter uniquement le symptôme d'un phénomène plus complexe : l'émergence d'espaces autonomes de contestation de pouvoirs qu'il convient de qualifier socialement, de délimiter, puis de protéger. Cette restriction de la problématique à une résolution de conflit entre droits subjectifs opposés perd ainsi l'opportunité de concevoir le phénomène dans sa dimension de conflit social. Animée par une pensée rationaliste la confinant à décrire un problème par les « sujets » qui le composent, elle ne peut exprimer la réalité, n'a pas la faculté de concevoir les conflits institutionnels, les dynamiques humaines et interculturelles qui caractérisent l'alerte éthique.
- 19 L'Homme en tant que sujet social agit et vit au gré de faits sociaux dont le droit a bien du mal à se saisir. Dans le contexte du lanceur d'alerte, ce sont d'autres réactions, que l'on pourrait qualifier d'irrationnelles, que le droit peine à transposer : les rapports de pouvoir entre les milieux économique, politique et juridique, les frictions sociales, les aptitudes sociales ou intellectuelles à assumer le rôle de lanceur d'alerte, les peurs et les valeurs individuelles face aux intérêts généraux de chaque sphère autonome.
- 20 L'approche sociologique appliquée à la protection des lanceurs d'alerte permet, sinon de résoudre ces conflits de normes et de rapports de forces, de mieux comprendre et d'en dégager des éléments de réflexion utiles à l'amélioration de la protection effective des lanceurs d'alerte.

## II- Les apports normatifs et théoriques d'une approche socio-légale des lanceurs d'alerte

### A- Le lanceur d'alerte en tant que phénomène social : quelles conséquences normatives ?

- 21 Une fois posée la question du lien entre droit et société, il nous semble important de revenir sur la signification du mouvement social, tant pour la création de la norme juridique et sa position dans l'espace socio-légal, que pour l'interprétation et l'effectivité des lois.
- 22 Inscrire le rôle des lanceurs d'alerte dans un « tout » socio-juridique permet de se poser la question de la fonction des lanceurs d'alerte en tant que phénomène social palliant l'insuffisance de certaines dispositions régulatrices ou renforçant leur impact. Pour identifier cet apport normatif, il convient de se pencher sur le contexte politique et social de l'alerte éthique, domaine par domaine. Dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises et l'éthique, de nombreux codes de conduite internes, de compilation de principes directeurs issus d'organisations inter-gouvernementales constituent l'appareil régulateur supportant les principes de droit international. En 2011, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme présentés par le Rapporteur Spécial des Nations Unies John Ruggie, sont venus compléter les textes internationaux et réglementations existantes en introduisant de manière globale la responsabilité des Etats de garantir le respect des droits de l'Homme dans le cadre des entreprises.
- 23 Ces principes directeurs sont divisés en trois piliers : l'obligation positive pour les États de faire respecter les droits de l'Homme par les entreprises, l'obligation pour les entreprises de conduire leurs activités dans le respect des droits de l'Homme, et enfin l'obligation pour les États de mettre en place des mécanismes de réparation des violations de droits de l'Homme commises par les entreprises. Dans le cadre de ces obligations positives, les entreprises et l'État sont appelés à garantir les droits de l'Homme en mettant en place différents moyens juridiques, corporatifs et judiciaires permettant d'évaluer et d'enquêter sur le risque porté aux droits de l'Homme par une activité commerciale. Ce travail d'évaluation du risque pour les droits de l'Homme passe notamment par des actes de « due diligence » et d'audit, réalisés par les entreprises elles-mêmes. C'est précisément ce point qui, aux yeux de certains auteurs comme Arnaud Poitevin<sup>26</sup>, démontrent le rôle prépondérant des lanceurs d'alerte en tant qu'observateurs objectifs, étrangers aux intérêts privés de l'entreprise qui affaiblissent bien souvent l'efficacité des audits et études d'impact. Partant du constat que les lanceurs d'alerte permettent de mettre en lumière des violations ou risques pour les droits de l'Homme qui sans leur action, resteraient tus, leur rôle dans le cadre de chaque pilier des *Guiding Principles* se retrouve – implicitement, puisque les Principes ne les mentionnent pas directement – intégré dans les « mesures et procédures » que doivent mettre en place des États et entreprises.
- 24 La prise de conscience grandissante de la nécessité d'une responsabilité des entreprises couplée à des cas médiatisés de violation manifeste de droits de l'Homme par les entreprises – nous pensons ici notamment à la plainte déposée contre Nestlé pour homicide involontaire dans le cadre du meurtre par un groupe paramilitaire d'un de ses employés en Colombie, syndicaliste et militant pour les droits des travailleurs - a



progressivement fait rentrer dans le champ de la responsabilité sociale des entreprises la fonction d'alerte éthique.

- 25 En sus de ce processus d'acquisition d'une fonction dans le système normatif de la responsabilité des entreprises, c'est la question d'une protection explicite des lanceurs d'alerte par les *Guiding Principles* que pose Arnaud Poitevin. Des travaux en ce sens étant actuellement cours par le biais de la rédaction de « National Action Plans » intégrant la protection, l'on assiste à une « juridification des phénomènes sociaux », en deux étapes clairement identifiables : l'acquisition d'une fonction sociale et juridique suivie par la traduction juridique de cette fonction.

## B- L'alerte éthique en tant que phénomène social et sa légitimité

- 26 Un des apports des travaux de la sociologie juridique à notre compréhension théorique et pragmatique du droit est de considérer le lanceur d'alerte comme un phénomène intégré dans un système social plutôt que comme une situation divergente qu'il faut réguler. L'alerte éthique ne jouit pour l'instant ni d'un statut social, ni d'une définition juridique, ni d'une fonction précise. Sa légitimité reste donc à construire, cette dernière notion revêtant selon nous une importance toute particulière à deux points de vue.

### 1- La légitimité du phénomène social de « l'alerte éthique »

- 27 Parmi les débats sur l'alerte éthique, se trouve celui de sa définition sociale. Cette dernière ne doit pas être confondue avec les fondements de l'alerte éthique que l'on déduit de la nature des textes qui la protègent. De ce point de vue-là, l'on peut en effet considérer, comme l'écrit Jean Philippe Foegle en reprenant une typologie établie par Robert Vaughn<sup>27</sup>, quatre dimensions principales : la lutte contre la corruption, la volonté de favoriser une transparence démocratique et une conciliation de la liberté à l'information des citoyens face à - notamment - des exigences de sécurité nationale, la protection par un droit de l'Homme que représente principalement la liberté d'expression, et enfin la protection des droits des travailleurs. Dans chacune de ces approches, l'alerte éthique puise une légitimité « par ricochet », découlant directement d'une légitimité déjà acquise des droits ou principes propres à chacune des quatre dimensions.
- 28 Cette légitimité-là se distingue de la légitimité autonome du lanceur d'alerte, celle dont les fondations se trouvent non pas préétablies dans des textes, mais dans le statut et la fonction sociale acquis par le lanceur d'alerte. Cette définition vient conditionner l'existence même des lanceurs d'alerte : ce qui n'est pas décrit, ce que l'on ne peut concevoir sera privé d'existence et par là-même, de protection. Le sort du protagoniste principal de l'affaire LuxLeaks, Antoine Deltour, reflète à notre sens particulièrement les dangers d'une mauvaise transcription juridique de réalités sociétales. La loi du 13 février 2011 luxembourgeoise protégeant les lanceurs d'alerte révélant des faits « illicites ou illégaux » dans le domaine de la corruption n'a pas su protéger M. Deltour, alors même que les pratiques révélées mettaient en lumière une évasion fiscale organisée incontestablement contraire à l'intérêt général. Malheureusement, les pratiques en cause n'étant en soi, pas considérées comme illégales - seule leur caractère systématique révélant un abus de droit manifestement illégal - l'existence d'Antoine Deltour en tant que lanceur d'alerte n'a pas été prise en compte par les juges luxembourgeois.

- 29 Sous la définition de certains auteurs, l'alerte éthique correspond à la «révélation, par des membres (ou anciens membres) d'une organisation, de l'existence pratiques illégales, immorales ou illégitimes sous le contrôle de leurs employés, à une autorité ou organisation susceptible d'agir»<sup>28</sup>. L'alerte, dans cette acception étroite, existe dans le cadre d'une relation de travail et se rapproche d'une alerte « professionnelle ». Une acception élargie à « toute personne ou groupe qui rompt le silence pour signaler, dévoiler ou dénoncer des faits, passés, actuels ou à venir, de nature à violer un cadre légal ou réglementaire ou entrant en conflit avec le bien commun ou l'intérêt général »<sup>29</sup> permet d'inclure les individus comme Edward Snowden ou l'action de Wikileaks. La Recommandation CM/Rec.(2014)7 du Comité des Ministres offre une définition encore plus inclusive, englobant « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé ». La référence à la notion d'intérêt général dépassant celle d'un cadre réglementaire ou légal précis ouvre le champ de la réflexion sur les lanceurs d'alerte à la notion d'intérêt général, déplaçant ainsi une partie du débat. Sur cette Recommandation, notons que la note explicative précise expressément l'absence volontaire de définition de l'intérêt général dans le but de favoriser une définition adaptée au contexte de chaque pays.
- 30 Au-delà de l'ajustement du « périmètre d'existence » du lanceur d'alerte lui-même, sa légitimité se trouve mise à mal par des confusions avec des fonctions sociales voisines parfois toxiques pour le développement d'un statut social propre. C'est le cas de la notion de « leaker » qui, si elle présente des caractéristiques communes avec l'alerte éthique – notamment dans le caractère secret de l'information divulguée –, ne saurait y être pleinement associée<sup>30</sup>.
- 31 Une seconde confusion sur la fonction sociale du lanceur d'alerte tient à l'objet très spécifique revêtu par l'action de certains d'entre eux : c'est le cas de groupes comme Wikileaks qui, en menant une action radicalement guidée par la lutte pour la transparence, brouillent les pistes et favorisent la confusion dans l'esprit collectif en faveur d'une fonction sociale limitée à la dimension « démocratie transparente » suscitée. Les révélations d'Antoine Deltour mettant à jour les pratiques d'optimisation fiscale massive systématiquement pratiquées au profit de multinationales européennes, renvoient une image précise au public : celle de lanceurs d'alerte animés par un devoir d'éthique les poussant à révéler les asymétries intolérables de pouvoir entre grosses entreprises et petit citoyen. Cette image reflétée par l'action d'Antoine Deltour n'est pas tant due aux révélations en elles-mêmes à notre sens, mais plutôt à la vague de prise de conscience et décisionnelle qui a suivi, entraînant dans son sillage la Commission Européenne, la société civile au Luxembourg, les journalistes en France et Antoine Deltour lui-même.
- 32 Le défi théorique qui se présente est donc d'identifier des sphères dans lesquelles pourraient s'exprimer ces mouvements extra-institutionnels. Il est important, à notre sens, d'être en mesure de définir socialement ce qui légitime l'action des lanceurs d'alerte en identifiant clairement ses fonctions et son cadre. Si l'on considère l'action de Wikileaks, ou, dans une moindre mesure celle d'Anonymous, il convient de déterminer un espace « identifié »<sup>31</sup> dans lequel ces derniers pourraient prétendre à une légitimité normative. A cet égard, l'exemple du Computer Chaos Club allemand (CCC) travaillant depuis une vingtaine d'années aux côtés du gouvernement allemand pour l'élaboration de

réglementations sur la technologie est une illustration de la capacité de telles organisations à transformer leur action dans le système normatif et institutionnaliser une partie de leurs revendications.

- 33 L'approche sociale de l'alerte éthique devrait permettre de distinguer l'action d'un groupe ou individu « militant »<sup>32</sup> et de favoriser par là même l'émergence d'un statut social clair du lanceur d'alerte en tant que mouvement de contestation autonome. L'apport des sciences sociales assiste le juriste dans la recherche ce statut : Jürgen Habermas écrivait que « ces mouvements [sociaux] doivent être considérés comme étant à l'extérieur de la sphère politique, mais néanmoins à l'intérieur de la sphère publique »<sup>33</sup>.

## 2- La légitimité du phénomène de l'alerte éthique en tant que source productrice de normes extra-étatiques

- 34 La théorie du droit est régulièrement prise pour base de réflexion par le courant de la pensée critique du droit. Ce courant remet en cause les visions classiques – essentiellement positivistes – de la loi, tant dans sa formation, que son utilisation et les revendications qui y sont attachées. Ils dénoncent une approche juridico-centrée<sup>34</sup>, n'incluant pas des « textes de résistance » qui amènent des mouvements légaux ou parfois explicitement illégaux. La prise en compte de certains acteurs privés dans cette approche purement légale n'intervient que parce que ces derniers sont liés politiquement aux forces législatives classiques, mais elle n'est en aucun cas utilisée pour déterminer l'origine sociale des normes.
- 35 La légitimité du droit à agir en tant qu'autorité « auto-centrée » pour réguler des faits sociaux reçoit un large scepticisme scientifique de plusieurs auteurs du pluralisme juridique et de la sociologie juridique<sup>35</sup>, ouvrant le débat sur le rôle des normes transnationales et mécanismes privés de régulation. Michael Torrance explore la création de normes en droit international par des acteurs sociaux – les entreprises – qui obtiennent leur caractère normatif en acquérant une légitimité et autorité existantes « au-delà de la puissance manifeste de l'État »<sup>36</sup>.
- 36 Les questions d'effectivité et de légitimité sont particulièrement liées si l'on s'attache à étudier les réponses sociales aux normes existantes. La majorité des lois nationales existantes souffrent d'un manque d'effectivité dont les causes sont multiples. À côté de la justification liée au caractère trop souvent partiel de ces lois, l'une des raisons de cette ineffectivité tient au manque de légitimité accordé à l'État pour effectivement réguler une situation. En effet, plusieurs études et guides de bonnes pratiques<sup>37</sup> mettent en avant l'inutilisation de la loi par les lanceurs d'alerte par manque de connaissance dans les mécanismes juridiques ou peur d'être, malgré tout, sujet à des mesures de rétorsion. Des critiques récurrentes à la légitimité de l'État en tant qu'acteur privilégié de la production normative se soucient de créer un cadre dans lequel l'activité d'acteurs privés pourrait, elle aussi trouver une légitimité à leur activité « normative ». Une des réponses à cette interrogation souligne l'inadaptation de la théorie sur la légitimité de l'État à la question de la légitimité des acteurs privés et suggère de développer une théorie distincte<sup>38</sup>. Au regard du contexte dans lequel cette production de normes s'effectue – l'importance prépondérante d'internet en tant que média d'information, les avancées de la technologie digitale, la transnationalisation des activités –, des auteurs rappellent qu'une telle construction d'un cadre « légitimatoire » ne peut ignorer la capacité d'acteurs privés à « spontanément créer du droit », l'accessibilité à des « non-experts » de certaines de ces

sphères privées ainsi que les facilités à créer et développer un mouvement social<sup>39</sup>. Orly Lobel, dans un article très complet<sup>40</sup> sur les théories gouvernant l'activisme extra-légal exprime similairement que « les trois approches relatives à une stratégie de l'activisme extralégal reflètent non seulement un désillusionnement et une déception quant au système juridique en tant que potentiel générateur de réformes sociale, mais impliquent également une dépendance avec les réalités économiques contemporaines et les engagements des Etats dans un contexte de globalisation ».

- 37 L'approche socio-légale permettra, selon nous, au juriste d'enrichir sa perception par une vision plus empirique de l'apport des normes extra-légales à la régulation d'un phénomène. L'utilisation, notamment, d'outils propres à la méthode sociologique comme les entretiens semi-directifs, permettra à la théorie juridique de se baser non seulement sur les procédés d'élaboration et d'application d'une norme pour en infléchir la légitimité, mais également sur son effectivité et son rôle ressenti par les sujets qui la mettent en mouvement. L'idée n'est pas de « trouver » les critères de légitimité par une adaptation de théories existantes, mais plutôt de rationaliser, aux moyens de théories et d'outils sociologiques, les sources par lesquelles cette légitimité est effectivement acquise.

## C- L'apport d'une approche socio-légale à une définition juridique commune

- 38 L'un des constats majeurs dans l'étude juridique de la protection des lanceurs d'alerte est l'existence d'une définition, d'un statut et cadre juridiques communs. L'OECD, Transparency International, la Recommandation du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe précitée<sup>41</sup> ainsi que de nombreux autres acteurs de la protection des lanceurs d'alerte déplorent l'insécurité juridique dans laquelle sont placés les lanceurs d'alerte.
- 39 Il apparaît clair, en effet, à la lecture des différents textes internationaux ou nationaux, que certains éléments « clefs » qui constituent la protection d'un lanceur d'alerte sont considérés de façon très aléatoire. Le critère de bonne foi d'un lanceur d'alerte comme condition de sa protection en un exemple : vivement critiqué par de nombreuses organisations, il reste toutefois une condition *sine qua non* de la protection dans beaucoup de législations, malgré son retrait progressif de certaines<sup>42</sup>. La Cour Européenne des Droits de l'Homme utilise par ailleurs toujours ce critère dans le cadre du test de proportionnalité dont les critères ont été développés dans l'arrêt *Guja c. Moldavie*<sup>43</sup>, bien que son application soit en pratique très largement favorable au lanceur d'alerte. Le maintien de la condition de bonne foi, qu'elle fasse l'objet d'une présomption ou non, pose une question fondamentale dépassant le domaine juridique : que voulons-nous protéger, et quel est le but de cette protection ? Cette interrogation nous renvoie à la quête du statut et de la fonction sociale des lanceurs d'alerte telle que nous l'avons déjà abordé. Si l'on considère que les lanceurs d'alerte cherchent en premier lieu, à faire cesser un comportement ou procédé portant atteinte à l'intérêt général en utilisant, *de facto*, la révélation de données protégées – la violation d'une obligation de confidentialité devenant alors à la fois l'outil et la conséquence secondaire de l'alerte éthique – alors la recherche juridique devra se focaliser sur la véracité de l'information et donc l'existence du danger pour l'intérêt général. En ce sens, déplacer le curseur de la « bonne foi » vers la « croyance raisonnable » de la véracité de l'information permettra aux lanceurs d'alerte dont l'information se révélerait finalement fausse, de ne pas être condamnés pour diffamation.

- 40 Au contraire, si l'on considère la protection du lanceur d'alerte comme un droit subjectif accordé à des individus qui, assoiffés de vérité face à la commission occulte d'actes contraires à l'intérêt général, violent délibérément un cadre régulateur établi qu'ils considèrent comme insuffisant, alors le critère de la bonne foi devient fonctionnel.
- 41 Bien que cette seconde approche nous semble incorrecte compte tenu de la volonté d'agir pour l'intérêt général qui anime la plupart des lanceurs d'alerte, elle n'est pas à ignorer dans le cadre d'une compréhension sociologique du manque d'effectivité de la protection juridique du lanceur d'alerte.
- 42 Le critère du cheminement de l'alerte constitue également l'une des questions primordiales dans la définition commune : doit-on enfermer l'alerte dans un cheminement prédéterminé dont chaque étape conditionne l'accès à la suivante, ou au contraire laisser le cheminement de l'alerte libre ? Ce débat étant crucial et appelant des questions à la fois d'ordre pratique et de garantie démocratique, le présent article se limitera à rapporter l'expérience de la Bosnie. La loi bosniaque adoptée en Janvier 2014 a fait l'objet d'une préparation dont les différents acteurs – des organisations de la société civile bosniaques, observateurs politiques locaux et régionaux dans les pays des Balkans – ont été particulièrement attentifs au contexte politique et social de la loi. À ce jour, la Bosnie-Herzégovine représente le seul pays offrant aux lanceurs d'alerte une protection en amont, avant même l'existence de toute mesure de rétorsion, par le biais d'un statut de lanceur d'alerte décidé par une autorité juridique selon une procédure précise.
- 43 Fort conscients du contexte de corruption rendant extrêmement aléatoire l'application effective d'une loi de protection des lanceurs d'alerte et favorisant les manœuvres visant à intimider le lanceur d'alerte, dissimuler des preuves ou solliciter un juge, les rédacteurs de la loi ont prévu l'octroi d'un statut de lanceur d'alerte par une autorité placée sous le Ministère de la Justice qui a trente jours pour décider de l'attribution ou non de la protection<sup>44</sup>. Une fois le statut accordé, le lanceur d'alerte bénéficie d'une protection contre certaines mesures de rétorsions et du choix de son canal de révélation. Conformément aux préconisations de la Recommandation du Conseil des Ministres, la révélation à une autorité désignée ou à un canal de révélation interne est préférée, sauf dans des cas où ces révélations sont susceptibles d'être impraticables ou dépassent un certain délai<sup>45</sup>. La question du cheminement de l'alerte correspond une variable dans la protection des lanceurs d'alerte qui appelle plusieurs raisonnements d'ordre sociologique, propre à chaque pays : quelle est la perception des autorités étatiques par les citoyens ? Quelle place trouve l'alerte éthique dans la culture organisationnelle ? Near et Miceli exposaient en 2002 que le cheminement « naturel » de l'alerte est fonction de la réponse institutionnelle apportée au mode d'action du lanceur d'alerte, même si ce n'est pas l'unique facteur : ce n'est que lorsqu'ils font face à l'indifférence répétée de leur organisation ou à la volonté délibérée de la hiérarchie d'étouffer les faits en question, qu'ils décident d'opter pour une autre forme de prise de parole<sup>46</sup>.
- 44 L'apport d'une compréhension sociologique du cheminement de l'alerte et des fonctions de l'utilisation de chaque phase – interne, externe ou publique – a un rôle prépondérant dans l'élaboration de principes communs et réalistes sur les modes de révélation protégés.

---

## NOTES

1. Bourdieu Pierre, *La force du droit*, Actes de la recherche en sciences sociales, vol. 64, 1986.
2. Weber Max, *Économie et société*, Plon, 1965.
3. Handler Joey, *Social Movements and the legal system : a theory of law reform and social change*, Institute for research on Poverty Monograph Series, 1978.
4. Diane Otto, « Rethinking the Universality of Human Rights », *La 29 Col. Hum.*, 1997.
5. Balakrishnan Rajagopal, *Development, Social movements and third world resistance*, Cambridge University Press, 2003.
6. La notion de co-gissement des différentes formes de droit est abordée par Gunther Teubner dans plusieurs de ses ouvrages.
7. Teubner Gunther, *Juridification of Social Spheres : A Comparative Analysis in the Areas of Labour, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Walter de Gruyter, 1987.
8. Ehrlich Eugen, *Fundamental Principles of Sociology of Law*, Harvard University Press, 1936, p. 9.
9. Ehrlich Eugen, "The Sociology of Law", *Harvard Law Review* 129, p. 132, 1922.
10. Voir en ce sens, OCDE « G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblowers », 2011, disponible à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>.
- V. également : M. P. Miceli Maria ; Near Janet, « What makes whistle-blowers effective ? Three field studies », *Human Relations*, 2002, vol. 55, n° 4, p. 455-479.
11. Tamanaha Brian, « Understanding legal pluralism : past to present, local to global », *Sydney L. Rev.*, 2008, vol. 30, p. 375.
12. Teubner Gunther (dir.). *Juridification of Social Spheres : A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Walter de Gruyter, 1987.
13. Idem.
14. Ehrlich Eugen, *Fundamental Principles of Sociology of Law*, Harvard University Press, 1936, p. 9
15. Hammer Leonard, *Foucauldian approach to international law : descriptive thoughts for normative issues*, Routledge, 2016.
16. Maduro Miguel, Kaarlo Tuori et Suvi Sankari (dir.), *Transnational Law : Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge University Press, 2014.
17. Fischer-Lescano Andreas, Ralph Christensen et Sonja Buckel, *Neue Theorien des Rechts*, éd. Lucius & Lucius, 2006.
18. James S. Coleman est un sociologue américain (1926-1995).
19. Interprétation faite par Durkheim de James, dans son ouvrage *Pragmatisme et sociologie. Cours dispensé à La Sorbonne en 1913-1914*. V. Durkheim Emile, *Pragmatisme et sociologie. Cours dispensé à La Sorbonne en 1913-1914*, Vrin, 1978.
20. Chateauraynaud Francis, « Les lanceurs d'alerte dans l'espace politique, réflexions sur la trajectoire d'une cause collective », 2008. En ligne : <http://gspr.ehess.free.fr/docs/FC/doc/doc-FC-2008-Lanceurs.pdf>
21. Emile Durkheim dans son ouvrage « *Pragmatisme et sociologie. Cours dispensé à La Sorbonne en 1913-1914* », *Op. cit.*
22. Near Janet et Miceli Marcia, « Whistle-blowing : Myth and reality », *Journal of management*, 1996, vol. 22, n° 3, p. 507-526.
23. Schehr Sébastien, « L'alerte comme forme de déviance : les lanceurs d'alerte entre dénonciation et trahison », in *Déviance et Société* 2, Volume 32, 2008, p. 149-162.
24. Notion empruntée à Schehr Sébastien, *Ibid.*

25. Rothschild Joyce et Miethe Terance, « Whistle-blower disclosures and management retaliation the battle to control information about organization corruption », *Work and occupations*, 1999, vol. 26, no 1, p. 107-128.
26. Poitevin Arnaud, Whistleblowing and the mainstream of a protection within the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, *Submission to the United Nations Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 2014.
27. Jean-Philippe Foegle, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte », in l'Europe des droits de l'homme, *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 11 mars 2015.
28. V. Miceli Maria ; Near Janet, Dworkin Terence « Whistleblowing in organizations », *Routledge/ Psychpress* ; 2008, p. 6 : “The disclosure of organizational member’s (former or current) disclosure of illegal, immoral, or illegitimate practices under the control of their employers to persons or organizations that may be able to effect action”.
29. F. Chateauraynaud, « Lanceur d'alerte », *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation* [En ligne], [www.dicopart.fr/fr/dico/lanceur-dalerte](http://www.dicopart.fr/fr/dico/lanceur-dalerte).
30. Foegle Jean-Philippe, « Lanceur d'alerte ou « leaker » ? Réflexions critiques sur les enjeux d'une distinction », in *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 10, 2016.
31. Oren Perez, “Normative Creativity and Global Legal Pluralism : Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, n° 2, 2003.
32. Voir, pour une introduction à la nuance, Danièle Lochak, « Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme : réflexions conclusives », *La Revue des droits de l'homme*, n° 10 [En ligne].
33. Habermas Jürgen, *Between facts and norms : Contributions to a discourse theory of law and democracy*, John Wiley & Sons, 2015.
34. Balakrishnan Rajagopal, « International Law and Social Movements : Challenges of Theorizing Resistance », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2003, p. 297.
35. O. Perez, *Op. cit.*
36. Torrance Michael, “Persuasive Authority Beyond the State: a theoretical analysis of transnational corporate responsibility norms as legal reasons within positive legal systems”, *German Law Journal*, vol. 12, No. 08, 2011, p. 1573.
37. Voir notamment le rapport de l'ONG Blueprint for Free Speech et Transparency International, accessible en ligne : <https://www.transparency.de> ou encore le rapport du Gouvernement Accountability Project, accessible en ligne : <http://www.whistleblower.org>
38. Callies Galf-Peter et Zumbansen Peer, “*Rough consensus and running code: a theory of transnational private law*”, Bloomsbury Publishing, 2010.
39. G. Teubner Gunther, “*Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society*?” in *Globalization and Public Governance*, Cambridge University Press, 2000, pp. 1-17, 2000.
40. Lobel Orly, “*The Paradox of Extralegal Activism : Critical Legal Consciousness and Transformative Politics*”, in *Harv. L. Rev.* 937, 2007.
41. La Recommandation CM/Rec. (2014)7 du Comité des. Ministres a récemment estimé que « la bonne foi devrait être présumée pour tous les lanceurs d'alertes et devrait être remplacée par la notion de croyance raisonnable ».
42. La loi « PIDA » au Royaume-Uni a retiré la bonne foi comme condition de protection du lanceur d'alerte et l'a déplacée comme outil de détermination des compensations du lanceur d'alerte ; en Irlande le « Protected Disclosures Act » de 2014 a, quant à lui, totalement érudé ce critère du champ d'application de la protection ; il en va de même pour la loi Roumaine ( *Romanian Whistleblower's 571/2004* ) dans laquelle la bonne foi est simplement présumée pour le lanceur d'alerte.
43. Cour. EDH, GC, 12 février 2008, Guja c. Moldavie, req. n° 14277/04.

44. Law on whistle-blower protection in the institutions of Bosnia-Herzegovina, art. 6, disponible en ligne et en anglais : <http://rai-see.org>

45. *Ibid.*, art. 6.

46. Miceli Marcia et Near Janet, "What makes whistle-blowers effective ? Three field studies", *Human Relations*, 55, n° 4, 2002, pp. 455-479.

---

## RÉSUMÉS

La protection des lanceurs d'alerte représente une notion passionnante en ce qu'elle soulève des questionnements théoriques et pratiques dans un grand nombre de disciplines. Si la notion d'alerte éthique appelle des réflexions sociologiques de la part de plusieurs auteurs, peu de travaux académiques abordent, à ce jour, de manière approfondie, une approche sociologique des problématiques juridiques que pose la protection du lanceur d'alerte. Le présent article a pour vocation d'introduire quelques pistes de réflexion sur l'intérêt d'une telle approche socio-légale, et de replacer l'alerte éthique dans le cadre des théories du pluralisme juridique et de la sociologie pragmatique. L'article explore notamment le caractère transnational et l'émergence de normes de sources extra-étatiques qui caractérisent la protection des lanceurs d'alerte, proposant une interprétation des dynamiques juridico sociales de cette protection à la lumière des théories pluralistes juridiques.

Whistleblower protection is a fascinating topic which raises both theoretical and practical research questions in a great range of research fields. Plus, even though the notion of ethical whistleblowing has sparked many innovative sociological approaches of the phenomenon by some authors, very few scholarly works have, so far, conducted an in-depth research based on a sociological approach of the legal issues raised by whistleblower protection. This article aims at introducing the reader to some avenues for reflexion on the benefits of such a socio-legal approach, and recontextualising ethical whistleblowing in the broader context of both legal pluralism theories, and pragmatic sociology. In particular, the article explores, the emergence of extra-state normative orders protecting whistleblowers, suggesting a new approach of the socio-legal dynamics of whistleblower protection in the light of the theories of legal pluralism.

## INDEX

**Mots-clés** : lanceur d'alerte, socio-juridique, sociologie du droit, pluralisme juridique, pragmatisme sociologique, mouvement social, wikileaks, intérêt public, alerte éthique, légitimité du droit, normes sociales.

**Keywords** : whistleblower, socio-legal, legal sociology, legal pluralism, pragmatist sociology, social movements, wikileaks, public interest, ethical whistleblowing, law legitimacy, social norms



## AUTEUR

### CANNELLE LAVITE

Cannelle Lavite est doctorante au Center for European Law and Politics (ZERP), Université de Brême.